

海洋自由の形成（一）

水上千之

はじめに

一 古代および中世

二 海洋自由の形成過程

(一) スペインとポルトガルによる海洋分割

(二) グロテウィウスとセルデンの論争およびその後の関連学説（以上本号）

(三) 一七世紀—一八世紀の国家慣行

三 海洋自由の確立

おわりに

はじめに

今日、海洋の自由は、領海の幅の拡大や排他的経済水域の設定などの沿岸国管轄権の拡大の傾向によって、また、漁業や海洋汚染防止などの公海規制の諸条約によって、挑戦を受けている。

本稿では、今日の海洋自由の意義を探る手がかりを得るために、海洋自由が形成され確立した過程を辿ることにして、つまり、海洋の自由は、国際社会の共同の価値として認識されたが、その前提が何であったか、そして、その前提が、現在どのように維持されているかあるいは崩れているかを探るために、海洋自由が形成され確立した過程を

みることにした。

海洋法の歴史は、沿岸国管轄権の主張と海洋の自由の主張とつまり沿岸国利益と国際社会一般の利益との対立と調和の歴史といっても過言ではないが、海洋の自由の歴史をみることは、すなわち海洋法の歴史そのものをみることにいってよいであろう。

一 古代および中世

ローマ法では、海は、*communis omnium naturalis iure* (自然法上万人に共通のものである) とされ、所有の対象とならないと考えられていた。⁽¹⁾ こうした海の法的地位についてのおそらくもつとも最初の正式の表明は、ローマ法学者マルキアヌス (Marcianus) が二世紀に書いたものであるとされる。ローマ人は、海に管轄権を拡張することはなく、海は高潮線によって測られていた。このような慣習は西暦五二九年のユスティニアヌス法典の中で述べられている。⁽²⁾

地中海がローマ帝国によって完全に支配されていた時代には、ローマ帝国は、エーゲ海やギリシア、イタリアの沿岸海域のような地域的な限定的な海域ではなく、地中海全体を扱い、ローマ帝国の政策・主張は、地中海全体に適用された。⁽³⁾ 海洋に対する支配はとくに問題とされず、あるいは、少なくとも、他の国によって争われることはなかった。⁽⁴⁾ ローマ帝国時代の海の自由な使用は、ローマ帝国崩壊後もしばらくの間続いた。⁽⁵⁾

中世には、ローマ法が引き続いて使用され、いくらかの理論的な進歩はあったが、だいたいにおいて法は曖昧で混乱していた。⁽⁶⁾

中世に、ヴェニスが商業および海上権力の中心となり、ヴェニスは、アドリア海全体を支配し、他の国の国民の船

船に対して貢ぎ物を課すかあるいは全く航行を禁止した。ヴェニス⁽⁷⁾の力による支配は近隣の都市国家によって承認され、さらに、ヨーロッパの他の国によっても承認され、一一七七年にはローマ法王アレキサンダー三世によっても承認された(ヴェニス条約)。イタリア半島の反対側(西側)では、ジェノバがリグリア海の支配を主張した。また、ピサなどイタリアの他の都市国家も近くの海に対して支配を主張した。

地中海が文明世界の中心であった時代において、海上貿易の必要性のために、いくらかの合意された規則が発達した。「ロードス海法」は、起源においてキリスト教以前といわれるが、今日みることのできるものは、おそらく八世紀頃に編纂されたものであるといわれる。エーゲ海の島ロードス島は、古代ギリシャの商業の中心であり、ヨーロッパとアジアの間のほとんどすべての貿易は、この島を通過した。ロードス島の海法および商法の宝典は、ロードス法と呼ばれる⁽⁸⁾。また、西地中海で使われた「コンソラート・デル・マーレ」(Consolato del Mare)は、一四世紀の中頃にバルセロナで作成されたといわれる。この「コンソラート・デル・マーレ」は、主として私法の問題、たとえば、船舶の建造、売却、船長・船員・乗客の権利義務、用船の文書などを扱い、主として平時における通商航海およびそれに関係ある商事紛争を裁定する準拠法であったが、戦時における交戦国、中立国の権利義務に関する規則を含み、例えば、戦時において敵船の中立貨物、敵貨を運ぶ中立船は交戦国によって捕獲されてはならないとか、中立船の敵貨が捕獲されうるといふその後とりわけイギリスの伝統的立場となった規則も含んだ⁽⁹⁾。

イギリスによる海洋支配の主張で記録されている最初のものは、一〇世紀に遡り、国王エドガー(King Edgar)は、自らのことを「イギリスの海の君主(Sovereign of the Britanic Ocean)」と呼んだ⁽¹⁰⁾。エドガー王は、数千の船からなる艦隊をもち、毎年、イギリス沿岸を航海した⁽¹¹⁾。一二〇一年にジョン王(King John)は、すべての船に対し、国王の提督が枢密院によって任命された航海において、帆を下げることを要求したときすなわち海上礼式(salute)を要求した

ときにそれを拒否したものは、国王の敵とみなされ、船と貨物は拿捕・没収され、乗組員は処罰されるという命令を出した。⁽¹²⁾ エドワード三世は、一四世紀に、すべての外国船舶から「海の国王」(King of the Sea) に対する海上礼式を要求した。⁽¹³⁾

また、デンマークおよびスウェーデンは、バルト海に対して支配を主張した。デンマークは、「対岸の所有は、その間の海の支配をもたらす」という原則にもとづいて、ノルウェー、アイスランド、グリーンランドの間の海に対して支配を主張した。⁽¹⁴⁾

一五世紀にポルトガル人が航海王子エンリケ (Henrique o Navegador, Prince Henry the Navigator) の下にアフリカの西海岸を探検し、ローマ法王ニコラス五世 (Nicholas V) は、一四五五年一月八日の教書でポルトガルにアフリカの西海岸の土地に対する排他的かつ恒久的な権利を与えた。⁽¹⁵⁾ 一四八八年にはポルトガルのバルトロメウ・ディアス (Bartholomew Diaz) が喜望峰を発見し、一四九八年には、ヴァスコ・ダ・ガマ (Vasco Da Gama) がインド航路を発見した。一六世紀にはポルトガルは、対アジア貿易を独占することになる。

二 海洋自由の形成過程

(一) スペインとポルトガルによる海洋分割

一五世紀の終わりから一六世紀にスペインとポルトガルは、海上における優越性をめぐって争った。

コロンブスがカステイリヤの女王イサベルの援助を得て一四九二年にアメリカを発見した後、ポルトガルの国王は、新世界の土地をスペインから奪うための艦隊の準備を開始した。このことを聞いて、スペインの国王は、ローマ

法王に西方のまだほとんど未知の土地を割り当てるよう訴えた。一四九三年五月三日に、ローマ法王アレキサンダー六世は教書を出し、すべての発見された土地および将来発見される土地をスペインに割り当て、また、その教書は、ポルトガルに以前に与えられた権利を守ることなどの条項を含んだ。翌五月四日の教書で、アレキサンダー六世は、北極から南極までに引かれ、アゾレス諸島とカポ・ベルデ諸島の西一〇〇リーグ（およそ三〇〇カイリ）を通る線を境界線とし、その西にある土地をスペインに与えた。その境界線は、グリーンランドとアイスランドの間のおよそ西経三五度を通り、まっすぐ南に下り、大西洋を分割するものであった。また、その教書は、すべての人にスペインの許可なくその境界線の西に発見された、または発見される島、本土に貿易その他の目的で行くこと禁止した¹⁶。

ポルトガルは、ローマ法王の決定に不満であり、これを拒否し、スペインに対し、境界線をさらに東に引くことを要求した。一四九四年六月にスペインとポルトガルは、トルデシラス条約 (Treaty of Tordesillas) を締結し、境界線をカポ・ベルデ諸島の西三七〇リーグ（およそ一〇〇〇カイリ）を通る線とした。この線は、およそ西経四五度を通る線であった。この条約は、大西洋の西部海域、太平洋、メキシコ湾の排他的な航行権をスペインに与え、ポルトガルにはモロッコ以南の大西洋およびインド洋の排他的な航行権を与えた¹⁷。

上記のローマ法王の教書およびトルデシラス条約は、陸および島に関係する文書であったが、それらは、海に引かれた線に基づくものであり、陸・島に到達する唯一の手段が海上航行であったために、海に対する支配がそれらの文書で暗黙のもの¹⁸とされた。

イギリスのエリザベス一世は、海洋の領有主張に強く抗議した最初の人であった。エリザベス一世は、スペインが広大な海域に対して領有主張を行っていることおよびその海域で貿易を独占していることに対して、イギリスの商業界の広範な支持を受けて反対した。彼女は、一五八〇年に、フランシス・ドレイク (Sir Francis Drake) の略奪航海に

対するスペインのメンドーサ (Mendoza) 駐英大使の抗議に対して、次のようなことばで拒絶した。「海洋および大気の使用は、すべてのものに共通のものである。大洋に対するいかなる権原も、いかなる人民または私人にも属し得ない。なぜなら、性質も公的使用の考慮も大洋のの所有を許してはならないからである。」この言葉の八年後に、イギリス海軍は、スペイン艦隊を打ち破り、海洋の航行独占に対するスペインの主張を打ち砕いた。一六〇二年にエリザベス一世は、アイルランド沖のイギリスの通航の自由を否認したデンマークに対して同じ態度をとった。¹⁹ エリザベス一世のこのような主張は、しかし、人類の一般的利益の考慮に基づくものではなかった。エリザベス一世のペインおよびポルトガルの主張によってまたデンマークの主張によって脅かされていた彼女の国民に通商および漁業の自由を確保することであった。²⁰

(二) グロテイウスとセルデンの論争およびその後の関連学説

オランダは、ポルトガルのインド洋の領有主張に対して反対した。当時のオランダは一五八一年にスペインからの独立を宣言し、一六〇九年にスペインと休戦協定を結んで実質的に独立を達成した。オランダは一五世紀末からスペイン、ポルトガルの海外交易拠点に対して攻撃を加えていたが、一五九七年に東インドに進出し、一六〇二年に東インド会社(連合オランダ東インド会社)を設立した。東インド会社は単なる交易会社ではなく、アジア各地でのポルトガルとの戦争遂行のための国策会社としての側面を強くもっていた。²¹ そのため、東インド会社は、植民地を建設し、戦争を行い、軍事施設を建設する権限を与えられていた。²² 東インド会社は、ポルトガルの勢力を破ってオランダ領東インド植民地を建設した。また、一六二一年には、オランダは、西インド会社を設けて、アフリカ西岸、アメリカへと進出した。一六世紀には、世界交易の中心は、オランダのアントウェルペンであったが、一五八五年にスペインの支配の下に置かれて以後、オランダの商工業は、北に移動した。アムステルダムは、世界の商業、金融の中心となった。²³

また、オランダは、独立宣言以後、北海のニシン漁に力を入れ、国の重要産業とし、「オランダの金鉱」といわれるま
でになった⁽²⁴⁾。

オランダのグロテウス (Hugo Grotius) は、一六〇九年に公刊された『自由海論』 (Mare Liberum) の中で、海洋
自由を主張した⁽²⁵⁾。グロテウス以前にも、いくらかの学者によって海洋の自由が主張され、グロテウスは、ビトリ
ア (Francisco de Vitoria) 、バスケス (Ferdinand Vasquez) 、ゲンティリス (Albericus Gentilis) などの学者の影響を
受けた。ビトリアは、一五五七年に著した書物『インディオについての特別講義』 (Relectio de Indis) で、自然法に基
づき流れる水と海はすべての人に共通であり、それらの使用を禁止することは許されないと唱え、また、人間が社会
の構成員として相互に自由に交通し交際する基本的な権利すなわち交通の権利を有することを述べた⁽²⁶⁾。

バスケスは、ジェノアやヴェニスによる海洋の領有主張だけでなく、スペインやポルトガルによる海の領有主張に
も反対した。バスケスによれば、神の摂理から生じ、不変である第一の万民法と、実定法であり、可変的な第二の万
民法とは区別される。ある慣習が第一の万民法に反するならば、その慣習は法律としての効力を有しない。万民法は、
これまで時効によって海の取得を認めたことはなく、また、海や水に対してなに人も共通に使用すること以外のいか
なる権利も有しない。航行の権利や他のものが航行するのを禁止する権利を慣習によっても取得することはできない。
海の場合には、漁業や航行に関して、第一の万民法は、人類の共通の財と定めてきた。一方、土地や河の場合には、
人類の共有からはずして、特定の人または人たちに分割した。これを第二の万民法が定めた。グロテウスは、バス
ケスの説を『自由海論』の中で詳細に引用している⁽²⁷⁾。

ゲンティリスは、一五九八年に刊行された『戦争の法』 (De Jure Belli) で、普遍的人類社会の思想を基礎として、
それに基づいて、通商の自由を認め、通商が妨害されるならば、戦争に訴えることは正当であるという。また、彼は、

海洋の自由については、海洋は自然に基づいてすべてのものに開放されており、その使用は空気と同様、すべてのものに共通であり、それゆえ、それはなに人によっても禁止されることはできないという。²⁸⁾

グロテイウスの『自由海論』は、彼の『捕獲法論』(De Jure Praedae)の一部である。『捕獲法論』は、ポルトガル人がオランダ人の東インドとの貿易を妨害しようとしたときにポルトガル人に対して武器を使うことができることを主張するためにおそらくは一六〇四年から一六〇五年にかけて書かれたものであるが、²⁹⁾『自由海論』は、その第一二章に多少の修正を施して一六〇九年に公刊されたものである。『自由海論』の英語訳の序文を書いたスコット(James Brown Scott)によれば、一六〇八年にスペインとオランダが休戦交渉を開始し、一六〇九年にアントワープの休戦(二二年間継続)に至ったが、その交渉によって『捕獲法論』の第一二章だけの出版が促されたという。その交渉で、スペインはオランダに東インドおよび西インドとの貿易の権利の放棄を説得しようとし、オランダ東インド会社がグロテイウスにその部分の出版を要請したとされる。³⁰⁾

グロテイウスは、この書物を著した当時、オランダ東インド会社に法律顧問として雇われていた。その会社は、ポルトガルによって支配を主張されている海域で海上貿易を行っており、グロテイウスは、海洋が自由であることを主張した。その当時、ポルトガルがインド洋の領有を主張し、他の国にインド洋の航行を禁止していた。一方、オランダは、前述のように、一六〇二年には東インド会社を設立して東インドとの通商を一層盛んに行った。一六〇三年にマラッカ海峡でオランダの東インド会社に所属する船団の提督がポルトガル船カタリナ(Santa Catharina, St Catherine)号を拿捕し、オランダのアムステルダムに曳航し、オランダの海事裁判所にかげられるという事件が生じた。裁判所は、一六〇四年の判決で捕獲の正当性を認め、東インド会社はその船と貨物を競売に付し、その利益と株主に配当しようとした。株主の一部は、キリスト教徒は闘いをしてはならない、捕獲行為が非道徳的で非宗教的ある等の理由で

この訴訟に反対した。グロテイウスが『捕獲法論』を書いたのはこの頃である。⁽³¹⁾グロテイウスは、ビトリア、ゲンチリス等の見解に影響を受けて理論を展開し、海洋の自由の原則を防御し、海洋に対する主権の概念を否認した。グロテイウスの海洋の自由の主張は、通商の自由の枠内で唱えられた。彼の主張の基礎は、各国は他のすべての国との自由な貿易がなされなければならないというものであった。グロテイウスは、『自由海論』の中で、彼の意図がオランダ人が東インドへ航行し、その人々と貿易する権利を有することを示すことであることを述べて、次のようにいう。

「私は、私の議論を……主たる規則または第一の原則と呼ばれる国際法のもっとも特定の非の打ち所のない原理(axiom)、すなわち、すべての国は、すべての他の国に行き、貿易することが自由であるという原理に依拠する。⁽³²⁾」

グロテイウスにとって、海洋の自由は、この通商の自由の副次的概念であり、主としては航行の自由を意味した。

グロテイウスは、通商と航行の自由について、次のようにいう。神は、あらゆる生活必需品をどこでも自由に得られるように創造したのではなく、諸民族が異なる生活必需品を生産し、相互依存を阻害するものは人類の社会を破壊する。すべての民族が他のすべての民族のところへ行く権利があり、航行と通商の権利は拒否されれば、戦争の原因となる。⁽³³⁾

グロテイウスは、人類が創造された自然の社会では、すべての物が共有であったが、分割が始まり、私的所有が認められるようになった。しかしすべての物が私的所有にわけられてしまったわけではない。彼は、すべての財産が所有または占有に基づくと考え、つかむことができずまた囲い込むことができないものは、財産とはなりえないと考える。そのようなものは、すべてのものに共有であり、その使用は、すべてのの人に属する。保管や所有による海の占有は不可能であるという。また、グロテイウスは、使用によって使い尽くされないものとそうでないものを区別し、後者は、すべての人に共有のものであり、すべての人に属するという。空気は共有である。なぜなら、それは占

有できず、また、使用によつて使い尽くすことができないからである。同様に、一つの国による航行のための海の使用は、海を他の国のために航行不能にするわけではなく、したがって、海はすべての人に共有である。海は無限であり、そのため所有することができず、航行および漁業のためのすべてのものによる利用に適している。³⁴ このようにして、グロテِيُّウスは、公海を *res communis* (共有財産) としてみる。

グロテِيُّウスが『自由海論』の中で海洋の自由を説いたのは、広大な海洋についてであり、それはこの書物が海洋の分割を主張するポルトガルとスペインに対する反論として書かれたことからむしろ当然であり、この書物では、内海や湾や海峡あるいは海岸から目の届く限りの近海は、対象からはずされて³⁵いた。

グロテِيُّウスは、隣接海域に対する沿岸国の管轄権を、「ドミニウム」と「インペリウム」という二つの概念に明確に区別した。ドミニウムあるいは、所有権は、所有物を前提とする。ドミニウムは、グロテِيُّウスにとっては、海に關して認められない概念であつた。一方、彼にとつて、インペリウムは、主権(この場合、保護と管轄権に限定される)であり、海について認められ、もつとも排他的ではなく、とくに海賊からの保護および拿捕に關連する海洋管轄権である。³⁶

グロテِيُّウスの『自由海論』は、もともと一六〇五年にポルトガルの海洋支配に對抗するために書かれたものであるが、おそらくはイギリスの新しい主張に對抗するために一六〇九年に出版されたともいわれる。その当時、イギリスでは、スチュアート王朝が政權を掌握し、海に対する支配を主張し始めた、後述のように、ジェームス一世は、一六〇九年五月六日に、イギリスの国王のライセンスがない限り、イギリスの海で漁業を外国人に禁止することを宣言したが、『自由海論』の出版は、そうしたイギリスの措置を予想してジェームス一世の宣言の数週間前に出版されたといわれる。³⁷

グロテイウスは、一六二五年に公刊された『戦争と平和の法』(De Jure Belli ac Pacis)でも海洋の自由を主張している。この書物では、『自由海論』の主張を繰り返しているが、いくらか緩和した形で述べられている。すなわち、『自由海論』では海はどの部分においても同一の性質を有し、どの部分においても領有の対象とはなりえないとしているのに対し、『戦争と平和の法』では、それほど極端に海洋の自由を主張することなく、海洋の自由の例外として、内水や湾や海峡に対して沿岸国が領有を主張しうることを認めている⁽³⁸⁾。

グロテイウスの『自由海論』は、主としては、航行の自由の主張の観点から書かれたものであった。漁業問題は、この書物においてグロテイウスの主たる関心ではなかった。しかし、『自由海論』が、後述するように、ジェームス一世が外国人がライセンスなしにイギリスの海域で漁業することを禁止したのと同じ年に出版されたことは、イギリスの学者の注意を喚起した⁽³⁹⁾。イギリスの学者はグロテイウスに反駁し、海洋が領有の対象になることを主張した。『自由海論』の出版は、いわゆる「書物の闘い」(a battle of books)の始まりとなった。この闘いは、イギリスがその後海洋支配主張を拡大するとともに、漸次拡大した⁽⁴⁰⁾。

ウェルウッド(William Welwood)は、排他的漁業権を擁護してグロテイウスの反論した最初の法学者であった。彼の主張は一六一三年に出版された『海法要義』(An Abridgement of All Sea-Laws)と一六一五年に出版された『海洋領有論』(De Dominio Maris Juribusque ad Dominium Praecipue Spectantibus Assertio Brevis ac Methodica)の中で述べられている。ウェルウッドは、沿岸国が自国の近海を領有しうることを次のように述べている。(1)海に境界を定めることができないために海を分割して所有・領有することができないというのは誤りであり、羅針盤、進路の計算・音響などにより境界を定めることができる。(2)沿岸国が領有しうる海の範囲は沿岸から一〇〇カイリのところに引くのが適当であり、その範囲で沿岸国は保護と保存の権利を有する。ウェルウッドは、海の使用に関して、航行の自由

と漁業の自由を区別し、航行の自由はいかなる場合にも禁止されえないが、漁業の自由は禁止されうるとする。漁業が禁止されうるのは、魚が無尽蔵ではないからである。スコットランド東海岸に白鱈が大群で押し寄せてきていたが、オランダの漁船が岸辺近くまでくるようになってその魚が海岸近くでいなくなってしまうことを指摘する。もともと、ウエルウッドも広大な大洋については自由でなければならぬこと、つまり、陸から遠く離れた海が何人の財産ともなりえないこと、その使用が共通であることを認めた⁽⁴¹⁾。ウエルウッドは、国家の住民は、彼らの沿岸の漁業に対する主要なかつ排他的な権利をもつこと、沿岸海域の使用権 (usufruct) は彼らに属すること、海域のその部分が沿岸国に属すべき主たる理由の一つは、乱雑な使用から漁業資源の枯渇の危険であること、を述べた、つまり、沿岸国の権限を漁業保存の必要性に基づかせた最初の法学者である⁽⁴²⁾。

沿岸海域に対するウエルウッドの主張は国内法および先例に基づくものであるとされる。一六〇三年までのイングランドとスコットランドとの漁業規則を比較すれば、スコットランドの漁業規則は、イングランドの漁業規則よりも厳格なものであり、それは、おそらく、漁業がスコットランドの経済に重要な役割を果していたからである。何世紀にもわたって、スコットランドの漁民は、デンマークやオランダの漁民が自国沿岸にくることに對して冷淡であつたとされる⁽⁴³⁾。

ウエルウッドの反論に対しては、グロティウスは、『自由海論』弁護のために『ウィリアム・ウエルウッドによつて反論された自由海論第五章の弁明』 (*Defensio Capitis Quinti Maris Liberi Oppugnati a Gulielmo Welwod*) という論文を書き、ここでもグロティウスは、海洋の自由を力説した。これは、グロティウスが反論を書いた唯一のものであるとされる。もともと、この論文は未完成であり、グロティウスによつて出版されることはなく、一八七二年に他の学者の学位請求論文の付録として印刷・公刊された⁽⁴⁴⁾。

ポルトガル人のフレイタス (Serafin de Freitas) は、一六二五年にスペイン国王 (当時は同時にポルトガル国王) に捧げた書物で、ポルトガルがアジアで獲得した植民地や拠点はローマ法王の教書に基づいて、ポルトガルが正当に領有するものと認められることを述べている。フレイタスは、航行と通商の権利をポルトガル人の優先的権利として認めたが、法王は世俗的な事柄に関して、直接的には権力を有さないが間接的であれば権力を有することが認められていたという。また、彼は、海に対する権利と航行に対する権利について、君主が占有、時効、慣習によって独占し領有することができ、その場合に領有権と保護・管轄権との区別は名目上のものにすぎないと述べている⁽⁴⁵⁾。

イギリスのチャールズ一世が「イギリスの海」に対して支配権を主張した (後述) ときに、彼は、イギリスの権利について、主張を正当化する十分に深みがありあるいは権威的な書物がないことを痛感した。ウエルウッドの書物は、沿岸海帯を正当化しようとするものであり、より広大な「イギリスの海」の正当化には不十分であった。チャールズ一世の依頼で、ボラス (Sir John Borroughs) は、一六三三年に『王国の記録、歴史及び国内法によって証拠づけられたイギリスの海の主権』 (*The Sovereignty of the British Seas, proved by Records, History and the Municipall Lawes of this Kingdome*) という書物を書いた⁽⁴⁶⁾。ボラスは、歴史的根拠に基づいて、イギリスが「イギリスの海」に対して最高の支配権をもつことを主張した。彼は歴代のイギリス王がそこを航海し、そこで漁業する船舶に対して税および貢ぎ物を課し、外国人に対しては、通航を認めたり、閉鎖したりしてきたと主張した⁽⁴⁷⁾。

しかし、チャールズ一世は、この書物に満足せず、セルデン (John Selden) にセルデンがジェームス一世の依頼で一六一八年に書き、また公表していなかった論文を書き直すことを要請した⁽⁴⁸⁾。セルデンは、一六三五年に刊行された『閉鎖海論』 (*Mare Clausum sive de Dominio Maris*) で、海洋の領有の対象になることをもつとも力強く主張した。

彼は、海洋が自然法によっても万民法によってもすべての人に対して共有ではなく、逆に占有または所有の対象とな

ることを主張した。彼は、古代法で空気や水を含む一定の物が性質上共有であったという主張に対して、このことが諸国の慣行によって認められておらず、逆に諸国の慣行は、海洋の支配を示す一貫したパターンを示していると述べた。また、セルデンは、すべての水は流動的であるが、川や湖は占有可能であり、海に境界がないわけではなく、すべての海は海岸や島をもち、それらによって測定することができ、さらに外洋に限界を設定することが可能であるという。また、川や湖が限りある資源であり、実際に、性質において共有のものとして扱われていないように、海もまた限りがあり、制約されない航行、通商および漁業は海の所有権の利益を減ずることによって、所有者の利益を減ずるといふ。また、真珠や魚の採りすぎは、真珠、魚を枯渇させ、物理的な使い尽くしを示すという。セルデンは、また、イギリスが、非常に古い時代から一七世紀に至るまでその近海で領有権を主張し、外国もその領有権を承認したことを主張した⁽⁴⁹⁾。

セルデンの『閉鎖海論』の政治的影響は、イギリスおよび他の国ですぐに認められた。オランダ、デンマーク、また、時には、フランスの船が「イギリスの海」で旗を降ろすこと強制されたといわれる。チャールズ一世は、その書物に満足し、一冊を枢密院に、一冊を財政裁判所に、一冊を海事裁判所に、「イギリスの海」のドミニオンの忠実で強力な証拠として「保管することを命じた。『閉鎖海論』は、ヘール (Hale) (枢密院長) やハーグレーブ (Hargrave) のような著名な法律家がイギリスの海のドミニオンに対するイギリス国王の権利の合理性の存在を証明するとしたほどの権威のある法律書であった。⁽⁵⁰⁾

このようなセルデンの主張に対して、たとえば、オランダのポンタヌス (J. I. Pontanus) は、一六三七年の彼の著書で、公海と隣接海域を区別し、セルデンが公海にまでイギリスの所有権を根拠づけたことは誤りであることおよび公海はすべてのもののために自由であることを述べた。⁽⁵¹⁾

また、セルデンの追隨者の一人といわれ、イギリスの公務な長く携わっていたメドウズ (Sir Philip Meadows) は、海岸に沿った海に対する沿岸国の排他的権利の正当性を主張する一方、海洋がすべての国の平和的貿易者に共有のものであるとして、海洋所有に対するイギリスの主張を批判した。メドウズは、イギリスの主張が、湾 (Bays and gulfs) に適用があるものではなく、北および南のヨーロッパ諸国にとって交通の通路となる広大な海に適用されることを指摘し、もし、これらの主張が、セルデンによって説明されたように、イギリスと他の国の間の権利と不法行為の正しい基準とみなされるならば、イギリスの国王はすべての隣国との終わりのない危険な争いに巻き込まれるかあるいは国王の名誉と名声が国内で汚されるであろうという。また、その主張が続けば、イギリスが海を所有すべきかどうか、ヨーロッパ大陸がそれに分け前をもつべきかどうかをめぐってイギリスと大陸との間の戦争になるであろうという。これらの困難から逃れるためには、国王が沿岸海域においてのみそれを実施することが賢明であると彼はいう。そして、彼は、漁業目的の隣接支配海域の範囲は諸国間の条約によって設定すべきであるとした。⁽⁵²⁾

スコットランドの学者クレーク (Sir Thomas Craig) は、海はすべての航行のために共有であると述べる一方、慣習によって支えられた時効の規則を適用して、沿岸国は、一定の海が時効によって取得しうることを述べ、また、所有権の考え方にに基づき、漁業に関して、隣接海域の漁業が沿岸国に属することを述べた。⁽⁵³⁾

プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf) は、一六七二年の『自然法と万民法』 (De Jure Naturae et Gentium Libri Octo) の中で、公海が自由であることを述べている。プーフェンドルフは、海が流れていることあるいは海が無尽蔵であるから所有することができないという考えに反対する。物の所有をもたらす理由は、海洋には適用されない。なぜなら、海洋の航行を可能にしたものは、人類の労働または産業ではない。また、航路は、最初の使用によって使い尽くされてしまうものではない。通航の優先は、将来に対して、通航の排他的権利を作り出す物ではない。したがって、公海

は誰にも属さず、すべての国の平和的航行に開放されるべきである。⁽⁵⁴⁾

一八世紀の初めにオランダのバインケルスフーク (Cornelius van Bynkershoek) は、『海洋領有論』(De Dominion Maris Dissertation) (一七〇三年刊)⁽⁵⁵⁾で、海洋に対するイギリスの領有主張に反対して、海洋における航行、取引、漁業に対するすべての国の国民の共通の権利について、グロテイウスおよびプーフエンドルフの学説を敷衍した。バインケルスフークは占有という一般の問題については、グロテイウスよりもプーフエンドルフを支持し、公海はドミニオンの下に置くことができないとする一方、海は占有することができ、種々の国が種々の時に海に対するドミニオンを享有してきたことを認める。彼は、海の水が流れていることは占有の妨げにはならず、所有することによって、陸地に対するのと同じ権利が与えられるという。沿岸国が海岸から支配しうる限りにおいて、隣接海域が沿岸国のドミニウムであるところを、「陸地からの支配は、武力の尽きるところに尽きる」(potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis) ということばを用いて表現した。彼は、グロテイウスのドミニウムとインペリウムの区別を否定し、着弾距離に基づきその距離内で国家の領有の対象となる沿岸海とそうでない外洋に分離した。⁽⁵⁶⁾バインケルスフークの基礎となる考えは、沿岸海域に対する法的権原は、陸地に対する権原に対して副次的な性格をもつというものであった。⁽⁵⁷⁾バインケルスフークは着弾距離説が中立の場合だけではなく、漁業も含めたすべての目的のために適用されるべきであるとした。⁽⁵⁸⁾バインケルスフークの主張した着弾距離説は、当時すでにオランダやフランスの国家慣行に存在し、彼は、そうした国家慣行を前提に着弾距離を主張したものである。⁽⁵⁹⁾

この着弾距離説に対しては、後に、イタリアのガリアニ (Ferdinando Galiani) が、一七八二年に、中立国が海岸に大砲を建設するかどうかに基づくことあるいはその大砲の着弾距離に基づくことは不合理であると主張して、三カイリの海帯を提唱した。⁽⁶⁰⁾彼は、次のように述べている。

「しかし、領域君主が実際に何らかの要塞を建てるかどうか、また、何口径の大砲を建てるかを見るために待つことなく、われわれは、最終的に、そして沿岸すべてに確かにこれまで知られている火薬でたまが飛ぶ最大の距離として三カイリの距離を設定すべきである。⁶¹⁾」

この言葉は、フランスが一七六一年にとつた立場と一致し、ガリアニは、フランスの立場を借りたのかもしれないといわれ、あるいは、当時の着弾距離すなわち約二カイリとスカンジナビア・リーグの四カイリを妥協させて三カイリを提唱したともいわれる。⁶²⁾ ガリアニの三カイリの提唱は、その後の海洋法に大きな影響を及ぼした。

また、一七九五年にイタリアのアズニ (Domenico Azuni) は、フローレンスで出版された書物で、国が海岸に城または砲台をもっているかどうかにかかわらず、火薬がたまを運ぶ最大の距離である三カイリ以上に領海が及ばないことを提唱した。⁶³⁾

ドイツの哲学者ヴォルフ (Christian Wolff) の弟子でスイス人のヴァッテル (Emer (または Emmerich) de Vattel) は、一七五八年刊行の『諸国民の法』 (*Le droit des gens*) の中で、自然法に基づいて、航行および漁業のための公海の利用が無害であり、無尽蔵であることを主張した。彼は、「どの国も、他国を排して、公海を所有する権利をもたず、公海を利用するための単独の権利を主張しない」という。さらに、いずれかの国が公海における漁業または航行の「共有の」権利を行使すれば、その権利を抑制する試みは害をもたらし、戦争の正当原因になるという。もし国が過度の海洋管轄権を主張すれば、すべての国は、損害を受ける。なぜなら、すべての国が公海区域において権利をもっているからである。このようにして、すべての国は不法な主張に反対する権利をもつ。ヴァッテルにとつて上述の考えが沿岸海域には妥当しない。貝、真珠、琥珀のような沿岸海域の資源は、無尽蔵なものではない。さらに、国家は自国の安全、福祉を保護するためにその海岸近くの海をコントロールすることができる。こうして、ヴァッテルは、沿岸

海域に対して領域管轄権を主張することができるという。ヴァッテルは、領海と公海という二つの制度の調整に必要な要素として、無害通航権を主張する。沿岸海域は沿岸国領域の一部であるけれども、領土保全や限りのある資源に関係のない航行の禁止は、国際法の下で違法とみなされる、と彼はいう。^(註)

- (1) S. A. Swartraber, *The Three Mile Limit of Territorial Seas* (1972), p. 10. ローマ法における万人共通物 (共通物) (*res communis omnium*) について 原田慶吉「ローマ法 (改訂)」(有斐閣 一九五五年) 七二一-七三三頁。
- (2) Percy Thomas Fenn, Jr. Justinian and Freedom of the Sea, *American Journal of International Law*, Vol. 19 (1925), pp. 716-727. Swartraber, *ibid.*, p. 10. Arbid Pardo, *The Law of the Sea: Its Past and Its Future*, *Oregon Law Review*, Vol. 63 (1984), p. 7.
- (3) Pitman B. Potter, *The Freedom of the Seas in History, Law, and Politics* (1924), pp. 30-31.
- (4) Swartraber, *supra* note 2, pp. 10-11.
- (5) Dianchid Momtaz, The High Seas, in René-Jean Dupuy and Daniel Vignes (eds.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, 1, (1991), p. 386.
- (6) W. Frank Newton, Inexhaustibility as a Law of Sea Determinant, *Texas International Law Journal*, Vol. 16 (1981), p. 382.
- (7) Thomas Wemyss Fulton, *The Sovereignty of the Sea* (1911) (1976), pp. 3-4. J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Part IV (1971), pp. 13-14.
- (8) H. A. Smith, *The Law and Custom of the Sea* (1959), p. 4. Wolfgang Graf Vitzthum, From the Rhodian Sea Law to UNCLOS III, in Peter Ehlers, Elisabeth Mann-Borgese and Rüdiger Wolfrum, (eds.), *Marine Issues, From a Scientific, Political and Legal Perspective* (2002), pp. 2-3.
- (9) Smith, *ibid.*, pp. 4-5. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of the Nations* (1954), p. 30. 信夫淳平「海上国際法論」(一九五七年、有斐閣) 二二九頁。コンソラート・デル・マールはこの原則は、船舶も貨物も所有権を捕獲の基準とするもので、敵国人の船舶と貨物は捕獲することができるが、中立人の船舶・貨物は捕獲することができないとする。これに対して、一七

世紀中頃から「自由船舶・自由貨物」の原則が若干の国で採用された。これは、船舶の国籍を貨物についても捕獲の基準とするもので、中立国の船舶にある貨物は、中立人に属するものも敵国人に属するものも捕獲しえないが、敵国の船舶にある貨物は、敵国人に属するものも中立人に属するものも捕獲しうるとする。横田喜三郎、海洋の自由、(岩波書店、一九四四年)、五九頁。松隈清、国際法史の群像、(酒井書店、一九九二年)、三四—三六頁。

- (10) C. John Colombos, *International Law of the Sea*, Sixth Edition (1967), p. 48.
- (11) Fulton, *supra* note 7, p. 27.
- (12) Fulton, *supra* note 7, p. 6., Christopher B. V. Meyer, *The Extent of Jurisdiction in Coastal Waters* (1937), p. 5. 海上社式が当初「帆を下げる」として行われ、その後「一番上段の帆または旗を下げる」として行われたと云ふ。Meyer, *ibid.*, D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. 1 (1982), pp. 7-8.
- (13) Colombos, *supra* note 10, p. 48.
- (14) Fulton, *supra* note 7, p. 4. Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer, le temps de paix*, Tome I (1932), pp. 129-132., Colombos, *ibid.*, p. 49.
- (15) Swartrauber, *supra* note 1, p. 12., Pardo, *supra* note 2, p. 8.
- (16) Swartrauber, *ibid.*, pp. 12-13., Pardo, *ibid.*, p. 8.
- (17) Fulton, *supra* note 7, p. 106., Robert Jay Wilder, *The Three-Mile Territorial Sea : Its Origins and Implications for Contemporary Offshore Federalism*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 32 (1992), p. 692.
- (18) Tullio Scovazzi, *The Evolution of International Law of the Sea : New Issues, New Challenges*, *Recueil des Cours*, Tome 286 (2000), p. 57.
- (19) Fulton, *supra* note 7, pp. 107-108.
- (20) *Ibid.*, p. 105.
- (21) 柳原正治「プロテウス」(清水書院、二〇〇〇年)、三六頁。
- (22) R. P. Anand, *Origin and Development of the Law of the Sea* (1982), p. 77.
- (23) 大下尚一他編「西洋の歴史」〔近現代編〕(増補版)、(一九九八年、ミネルヴァ書房)、三九頁。

- (24) George P. Smith II, *Restricting the Concept of Free Seas, Modern Maritime Law Re-Evaluated* (1980), p. 16.
- (25) グロティウスの『自由海論』についての日本語の文献として、大沢章、グロティウス自由海論の研究（岩波書店、一九四四年）、横田、前掲書、注(9)、二二一—二二三頁、伊藤不二男、グロティウスの自由海論、(有斐閣、一九八四年)、二七—六八頁、高林秀雄、「国際法学説史における航行の自由の展開、法政研究（九州大学）、第四七巻第二—四合併号（一九八一年）、四七—五二頁、松隈清、グロティウスとその時代（九州大学出版会、一九八五年）、柳原、前掲書、注(21)、一〇七—一四頁。
- (26) 伊藤、前掲書、注(25)、七一—四頁。
- (27) 伊藤、前掲書、注(25)、一五一—一八頁。
- (28) 伊藤、前掲書、注(25)、二二—二六頁。
- (29) Ruth Lapidoth, *Freedom of Navigation — Its Legal History and Its Normative Basis, Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 6 (1975), p. 263. 柳原教授によれば、東インド会社アムステルダム支社が、慣習法上の権利としての捕獲権を弁護する特別の著作をグロティウスに依頼してこの書物が書かれたという。柳原、前掲書、注(21)、三六—三七頁。
- (30) James Brown Scott, Introductory Note to H. Grotius, *The Freedom of the Seas or the Right Which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade* (Translated by Ralph van Deman Magoffin) p. vii, W. E. Butler, Grotius and the Law of the Sea, in H. Bull, B. Kingsbury and A. Roberts (eds.) *Hugo Grotius and International Relations* (1992), p. 210.
- (31) Nussbaum, *supra* note 9, p. 102, Anand, *supra* note 22, pp. 77-78. 伊藤不二男、「海洋自由の思想」『海洋時報』第四号（一九七七年）一—二頁。
- (32) Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas* (Translated by Ralph van Deman Magoffin) (1916) (Reprinted in 1972) p. 7, Butler, *ibid.*, p. 213.
- (33) 伊藤、前掲書、注(25)、三五頁。
- (34) Grotius, *supra* note 31, Chapter V., Fulton, *supra* note 7, p. 34, Potter, *supra* note 3, pp. 59-72. Gidel, *supra* note 14, pp. 144-148, J. K. Oudendijk, *The Status and Extent of Adjacent Waters, A Historical Orientation* (1970), pp. 18-24, Butler, *supra* note 30, pp. 214-215. Lapidoth, *supra* note 29, pp. 263-265, Newton, *supra* note 6, pp. 394-396, 横田、前掲書、注(9)、二六—三四頁、伊藤、前掲書、注(25)、二七—六七頁、高林秀雄、「国際法学説史における航行の自由の展開」、『法政研究』第四七巻第二—四

- 合併号 (一九八一年) 四一—五二頁。
- (35) 伊藤、前掲論文、注(31)、一四頁、柳原、前掲書、注(21)、一一一頁。
- (36) Oudendijk, *ibid.*, pp. 27-30., Winston Conrad Extravour, *The Exclusive Economic Zone* (1981), pp. 21-22.
- (37) Gidel, *supra* note 14, pp. 149, 151, 154., Lapidoth, *supra* note 29, p. 265.
- (38) 伊藤、前掲論文、注(31)、一二二頁。
- (39) Stefan A. Riesenfeld, *Protection of Coastal Fisheries under International Law* (1942), pp. 10-11.
- (40) Lapidoth, *supra* note 29, p. 265.
- (41) 伊藤、前掲書、注(25)、七五—九〇頁。伊藤、前掲論文、注(31)、一五一—一六頁。
- (42) Meyer, *supra* note 12, p. 24., Douglas M. Johnston, *The International Law of Fisheries, A Framework for Policy-Oriented Inquiries* (1985), p. 167.
- (43) Johnston, *ibid.*
- (44) 伊藤、前掲論文、注(31)、一六一—一七頁。
- (45) 伊藤、前掲書、注(25)、九四—一一八頁。
- (46) Meyer, *supra* note 12, p. 26.
- (47) Fulton, *supra* note 7, p. 365.
- (48) Meyer, *supra* note 12, p. 26.
- (49) John Selden, *Of the Dominion, or Ownership of the Sea* (Translated by Marchamont Nedham) (Reprinted in 1972), Book I.; Potter, *supra* note 3, pp. 72-78., Newton, *supra* note 6, pp. 389-390. 横田、前掲書、注(9)、三五—四〇頁、山本章、「ヤルデン海洋論の実証的根拠」、熊本大学法文論叢(法学編)、第七号(一九五五年)、三九—四五頁、伊藤、前掲書注(25)、一一九—一三八頁。
- (50) Meyer, *supra* note 12, pp. 27-28.
- (51) Gidel, *supra* note 14, pp. 168-169.
- (52) Gidel, *supra* note 14, p. 197., Meyer, *supra* note 12, p. 39.

- (53) Fulton, *supra* note 7, p. 357.; Johnston, *supra* note 41, p. 169.
- (54) Fulton, *ibid.*, p. 551. Gidel, *supra* note 14, pp. 198-199.; Oudendijk, *supra* note 33, pp. 83-88.; Newton, *supra* note 6, pp. 398-401.
- (55) 『海洋主権論』の初版の発行年について一七〇二年としている文献も多い。明石欽司氏は、Scott Classic of International Law の Introduction に言及して、そのことを述べられている一七〇二年が誤りであるとしている。Kinji Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law* (1998), pp. 7-8, note 28.
- (56) Fulton, *supra* note 7, pp. 555-556.; Oudendijk, *supra* note 34, pp. 107-109.; Newton, *supra* note 6, pp. 401-404. 高林秀雄、領海制度の研究「領海制度の研究」(第三版)(有信堂、一九八七年)二九四頁。
- (57) Scovazzi, *supra* note 18, p. 69.
- (58) Meyer, *supra* note 12, p. 45.
- (59) ウォーカーは、着弾距離規則をバインケルスフークの功績にしようとしているように思われる学者もいるが、証拠によれば、着弾距離は、学者の助けなしに最初国家慣行で発達したようであると Wyncham L. Walker, *Territorial Waters: The Cannon Shot Rule, British Year Book of International Law*, Vol. 22 (1945), p. 223.
- (60) ウォーカーは、ガリマニが三カイリを唱えるに際し、当時の外交の世界ですべてにいわれられていた見解を述べたかもしれない(Walker, *ibid.*, pp. 228-230) Oudendijk は、より明確に当時の慣行が三カイリを彼に示唆したという(Oudendijk, *supra* note 34, p. 128.)
- (19) Swartrauber, *supra* note 1, p. 55.
- (29) *Ibid.*, pp. 55-56.
- (39) Riesenfeld, *supra* note 39, p. 26.
- (49) Emmerich de Vattel, *Law of Nations* (Translation of *Le droit de gens*) (1863) (1982), pp. 125-131.; Newton, *supra* note 6, pp. 404-406.